SLS
LAWYERS

LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA

E-BOOK

LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA

INDICE

3 Considerazioni preliminari

5 In cosa consiste la negoziazione assistita e come si svolge il procedimento

9 Modelli di negoziazione assistita

12 Vantaggi dell'esperimento della procedura di negoziazione assistita

13 Cosa cambiera' nell'istituto della negoziazione assistita con la riforma della giustizia "Cartabia"

E-BOOK SLS LAWYERS

Considerazioni preliminari

L'Istituto della procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, introdotto dal D.L. n. 132/2014 (L. 162/2014), trova le proprie origini nell'esperienza del diritto collaborativo di matrice nordamericana e in quella dell'omonimo istituto di origine francese. Viene inquadrato all'interno della categoria degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (cosiddetti "ADR"), ossia, in quella tipologia di "strumenti giuridici" che sono stati ideati dal legislatore per ricercare una forma di composizione "amichevole" della lite che sia esterna al processo.

Come noto, infatti, uno dei maggiori problemi del sistema giudiziario italiano è quello del tempo di durata dei processi, che, essendo tal volta davvero abnorme, genera nei cittadini dei sentimenti crescenti di sfiducia nei confronti del sistema della Giustizia e nei riguardi dell'Amministrazione Pubblica in generale.

Il legislatore, dunque, con l'introduzione della procedura di negoziazione assistita ha inteso (tentare di) risolvere il suddetto problema, veicolando parte delle controversie fuori dalle aule giudiziarie e riducendo in tal modo il carico di lavoro degli uffici.

Peraltro, in alcuni casi (che verranno successivamente esposti), proprio per raggiungere il fine deflattivo del contenzioso è lo stesso legislatore che non lascia "spazio discrezionale" alle parti, stabilendo che l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita costituisce **condizione di procedibilità** della domanda giudiziale (cioè, in parole d'uso comune, se prima non si esperisce questa particolare procedura il giudice non può occuparsi della successiva ed eventuale causa).

Quanto sopraesposto accomuna la procedura di negoziazione assistita al procedimento di mediazione di cui al D. Lgs.vo n. 28/2010 (che è stato trattato nel precedente e-book disponibile sul sito www.sls-lawyers.eu).

La procedura di negoziazione assistita, a differenza del procedimento di mediazione, che viene instaurato presso degli appostiti enti che sono gli Organismi di Conciliazione e si svolge dinanzi a un soggetto terzo ed estraneo rispetto alle parti, ossia, "il mediatore", viene svolta unicamente attraverso gli avvocati delle parti, che, assistendo le medesime e comunicando tra loro, svolgono un importante ruolo consulenziale e di promozione dell'accordo.

E' perciò meritevole di plauso l'iniziativa del legislatore di introdurre nel sistema giudiziario italiano questo particolare ed amichevole strumento di composizione anticipata della lite, il quale avrà successo (e dunque potrà contribuire a ridurre sensibilmente il lavoro dei giudizi "togati" e dunque il tempo medio del processo) se tutti gli "attori" del procedimento (cioè le parti e i loro legali) ci crederanno e si impegneranno a ricercare un accordo reciprocamente soddisfacente.

Anche la negoziazione assistita, dunque, come ogni altro strumento di risoluzione alternativa delle controversie, non potrà produrre gli effetti sperati e appena descritti se non avverrà un deciso mutamento culturale da parte degli operatori del diritto e, in particolare, delle parti in lite, le quali dovranno farsi reciproche concessione e quindi prevenire la lite.

Ciò premesso, in questo breve "e-book" l'istituto della negoziazione sarà trattato in maniera semplice per farne comprendere (al pari del procedimento di mediazione) la notevole importanza.

Buona lettura!

In cosa consiste la negoziazione assistita e come si svolge il procedimento

La procedura di negoziazione assistita consiste nella sottoscrizione ad opera delle parti di un accordo (c.d. convenzione di negoziazione) mediante il quale esse convengono di cooperare per risolvere in via amichevole una controversia vertente su "diritti disponibili" (ossia i diritti che possono essere liberamente alienati dal titolare o essere oggetto di rinuncia) tramite l'assistenza degli avvocati. L'accordo, se raggiunto e purché sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo, valevole anche per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

Al fine di rendere agevole la comprensione dello svolgimento della negoziazione assistita dalla sua instaurazione alla conclusione, il procedimento verrà di seguito esposto in "fasi".

FASE 1 - INVITO

L'iter della procedura si apre con il c.d. "invito" che deve contenere:

- l'indicazione dell'oggetto della controversia;
- l'avvertimento che la mancata risposta entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio;
- la certificazione dell'autografia della firma apposta all'invito dal cliente a opera dell'avvocato che lo assiste e che formula l'invito. Dal momento della comunicazione dell'invito si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale (ossia il termine di prescrizione viene interrotto) e viene impedita anche la decadenza. Al riguardo, la disposizione normativa aggiunge che l'effetto impeditivo della

decadenza si verifica per una sola volta. Ciò, per evitare che l'istituto venga usato in modo strumentale al solo fine di differire la scadenza del termine decadenziale. Peraltro, il legislatore precisa anche che se l'invito è rifiutato o non è accettato nel termine di trenta giorni dalla ricezione, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal rifiuto, dalla mancata accettazione nel termine ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli avvocati. L'invito può essere accettato o meno. La non accettazione si verifica in caso di mancata risposta entro trenta giorni dalla ricezione dell'invito, ovvero nel caso di un rifiuto esplicito. E' necessario precisare che il rifiuto o la mancata risposta all'invito ha delle conseguenze. Tale comportamento, infatti, così come previsto dalla norma *"può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile"*. In buona sostanza, il comportamento "inerte" o "poco collaborativo" può comportare non solo la condanna alle spese nel futuro processo ma, altresì: **i)** la maggiorazione dell'importo delle medesime; **ii)** la facoltà per il Giudice, nel caso in cui si tratti di procedimento monitorio, di concedere la provvisoria esecuzione al decreto ingiuntivo. Di tali conseguenze negative, ad ogni modo, deve essere dato adeguato avvertimento nell'invito stesso. **In caso di accettazione dell'invito, invece, si apre la "seconda fase" e viene conclusa la convenzione di negoziazione assistita** (di cui all'art. 2 del D.L. n. 132/2014).

FASE 2 – CONVENZIONE DI NEGOZIAZIONE

La convenzione di negoziazione assistita è definita (dall'art. 2 del D.L. 52/2014) come *"un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona sostanza e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo"*.

Nella convenzione di negoziazione assistita devono essere precisati due elementi, ossia:

1. il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura che deve essere non inferiore a un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile (su accordo delle parti) per ulteriori trenta giorni;

2. l'oggetto della controversia (che non può riguardare diritti indisponibili o vertere in materia di lavoro).

   In buona sostanza il contenuto della convenzione stabilisce la "sostanza" e le "regole del gioco".

FASE 3 – NEGOZIAZIONE

Nella fase di negoziazione vera e propria le parti devono cooperare in conformità ai principi di **correttezza e buona fede**.

I suddetti criteri, che possono sembrare "vaghi", costituiscono gli unici parametri comportamentali nel merito dello svolgimento della procedura dai quali è possibile far discendere in capo alle parti, nel caso di loro violazione, delle responsabilità. Oltre ai due sopraesposti, le parti nella fase di negoziazione devono attenersi ai seguenti principi e forme:

a. Riservatezza:

- agli avvocati e alle parti è fatto obbligo di tenere riservate le informazioni ricevute;
- le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto;
- i difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite;

- a tutti coloro che partecipano al procedimento si applicano le disposizioni penalistiche in tema di segreto professionale.

b. Forma scritta e tempistiche, la convenzione di negoziazione deve:

- essere redatta, a pena di nullità, in forma scritta;
- essere conclusa con l'assistenza di uno o più avvocati;
- contenere, ad opera degli avvocati (sotto la propria responsabilità professionale), la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione;
- precisare il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura (nel rispetto di quanto precedentemente indicato).

FASE 4 – CONCLUSIONE DELLA PROCEDURA

La procedura può naturalmente avere esito positivo o negativo.

Nel caso di esito negativo la c.d. "*dichiarazione di mancato accordo*" è certificata dagli avvocati che assistono le parti.

Nel caso di esito positivo, l'accordo raggiunto deve essere sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, i quali certificano sia l'autografia delle firme sia la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.

L'accordo, così come anche sopradetto, costituisce titolo esecutivo e può essere utilizzato per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

Modelli di negoziazione assistita

A. NEGOZIAZIONE OBBLIGATORIA E FACOLTATIVA

Esistono due modelli fondamentali di negoziazione assistita, ossia, quello della **negoziazione facoltativa (o volontaria)** e quello della **negoziazione obbligatoria**.

È evidente che la scelta di ricorre al "primo modello" è assolutamente libera e presuppone la preferenza della parte istante per questo strumento rispetto agli altri, pure facoltativi, previsti dall'ordinamento (ad esempio, la mediazione).

Quanto, invece, all'utilizzo del secondo modello, è riservato a ipotesi espressamente previste e costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In particolare, sussiste **l'obbligo** di invitare, tramite l'avvocato, l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita per chi intenda:

- esercitare in giudizio un'azione in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti;
- proporre in giudizio una domanda di pagamento, a qualsiasi titolo, di somme non eccedenti €. 50.000,00 (ad eccezione delle controversie assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria – art. 5, comma 1 *bis*, D. Lgs.vo n. 28/2010);
- Si precisa, tuttavia, che quanto sopraesposto non trova applicazione nei seguenti casi:
- controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionista e consumatore;
- procedimenti ove la parte può stare in giudizio personalmente;
- procedimenti di ingiunzione, inclusa l'opposizione;

- procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite *ex* art. 696 *bis* c.p.c.;
- procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- nei procedimenti in camera di consiglio;
- nell'azione civile esercitata nel processo penale.
- **Ma cosa succede se non si rispetta l'obbligo di esperire la procedura o si agisce in giudizio quando la procedura è iniziata ma non è conclusa?**
- In questi casi è il giudice che "decide":
- se la **procedura è iniziata ma non si è conclusa**, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine previsto dalle parti nella convenzione stessa per la durata della procedura di negoziazione;
- se la **procedura di negoziazione non è stata esperita**, il giudice assegna alle parti il termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito a stipulare la convenzione e, contestualmente, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine previsto dalle parti nella convenzione stessa.

B. NEGOZIAZIONE IN MATERIA DI FAMIGLIA

L'art. 6 della L. 162/2014 dispone che la convenzione di negoziazione assistita può essere conclusa anche nelle controversie tra coniugi.

La negoziazione assistita nell'ambito del diritto di famiglia è volta a raggiungere una soluzione consensuale nei seguenti casi:

a. di separazione personale;

b. di cessazione degli effetti civili del matrimonio;

c. di scioglimento del matrimonio (nei casi in cui sia stata già pronunciata con sentenza passata in giudicato la separazione giudiziale fra i coniugi, ovvero è stata omologata la separazione consensuale, ovvero è intervenuta separazione di fatto);

d. di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio;

e. per raggiungere una soluzione consensuale per la disciplina delle modalità di affidamento e mantenimento dei figli minori nati fuori del matrimonio;

f. per la disciplina delle modalità di mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori del matrimonio e per la modifica delle condizioni già determinate;

g. per la determinazione dell'assegno di mantenimento richiesto ai genitori dal figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente;

h. per la determinazione degli alimenti, ai sensi dell'articolo 433 del codice civile, e per la modifica di tali determinazioni.

Nei casi sopraelencati, ove venga raggiunto un accordo in sede di negoziazione assistita, esso produce i medesimi effetti del provvedimento che sarebbe stato adottato al termine del giudizio "tradizionale" (cioè davanti al tribunale).

Vantaggi dell'esperimento della procedura di negoziazione assistita

È evidente che il primo e indubbio vantaggio dell'utilizzo della procedura di negoziazione assistita è quello di evitare di "impantanarsi" nelle lungaggini e nella complessità delle procedure del sistema giudiziario.

Con il procedimento di negoziazione i tempi sono "certi" e "brevi", come detto la procedura deve concludersi in 3 mesi rinnovabili una sola volta per 30 giorni.

Ma oltre a ciò vi sono degli ulteriori motivi che dovrebbero indurre a un maggior ricorso a tale istituto e ad adoperarsi affinché venga raggiunto un accordo.

E infatti:

i. è possibile beneficiare degli incentivi fiscali. L'art. 21 *bis* del D. L. 83/2015 (L. 132/2015) stabilisce un incentivo fiscale, consistente in un credito di imposta, che viene riconosciuto alle parti nel caso in cui la procedura sfoci in un accordo;

ii. i costi da sostenere sono nettamente inferiori se paragonati a un giudizio tradizionale. Sul punto, basti pensare che:

c. tariffe professionali "alla mano" i compensi previsti per l'avvocato in fase di negoziazione sono nettamente inferiori rispetto a quelli previsti per un giudizio ordinario;

d. con l'accordo raggiunto al termine della negoziazione assistita la "lite" viene definita. Non si corre, dunque, il rischio di dover appellare la decisione per poter far valere le proprie ragione (attività che richiederebbe ulteriori esborsi);

e. non si devono sostenere i costi vivi (contributo unificato e marca da bollo) per l'instaurazione del giudizio che, in relazione al valore della controversia, possono raggiungere anche importi particolarmente gravosi.

Cosa cambierà nell'istituto della negoziazione assistita con la riforma della giustizia "Cartabia"

Il D. Lgs.vo n. 149/2022, c.d. "Riforma Cartabia", ha apportato alcune novità all'istituto della negoziazione assistita, ampliando sia l'ambito operativo sia l'attività che può essere svolta dalle parti.

In estrema sintesi, le novità che entreranno a breve in vigore (30 giugno 2023) sono:

a. la possibilità, all'interno del procedimento di negoziazione assistita, di esperire una istruttoria stragiudiziale. In buona sostanza, al pari di quanto avviene nel giudizio ordinario, sarà possibile: acquisire dichiarazione sia da terzi soggetti, sia dalle stesse parti, su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia;

b. l'estensione della negoziazione assistita alle cause di lavoro;

c. la possibilità di regolare con la negoziazione l'affidamento e mantenimento dei figli minori nati fuori del matrimonio;

d. la possibilità di svolgere la negoziazione con modalità telematiche mediante collegamenti audiovisivi da remoto.

In conclusione, è pertanto possibile affermare che il procedimento di Negoziazione Assistita, al pari di quello di Mediazione, costituisce una più che valida alternativa alla "giustizia tradizionale" che dovrebbe trovare tra i "fruitori" e gli "operatori" del diritto una costante e crescente applicazione.

SLS LAWYERS

design _ Mazzantini.com

MONZA

Via Vittorio Emanuele II, 26
tel. 039 2304417
fax 039 2301588

MILANO

Via Rugabella, 1
tel. 02 89011611
fax 02 89012202

ROMA

Via Cesare Fracassini, 25

WWW. SLS-LAWYERS.EU

segreteria@sls-lawyers.eu SLS – Lawyers SLS – Lawyers